

# The rights of the purchaser in case of lack of work performances (§ 634 BGB) and obligations to notify if there are doubts in the employment contract

## Die Rechte des Bestellers bei Mängeln von Werkleistungen (§ 634 BGB) und Hinweispflichten von Bedenken im Werkvertragsrecht

Prof. Dr. jur. Peter Greulich

Akad. Dir. i. R. Leibniz Universität Hannover  
Hannover, Germany, email: Greulich@jura.uni-hannover.de

**Abstract** — Especially in the economic relations between Bulgaria and Germany, the economic relations between the two countries are of great importance. They are the basis for the lives of the people of both countries. The basis for industry and commerce are the legal relationships between the business partners. Here the purchase and the work contracts form the essential bases. The purchase contract is characterized by the keyword "goods against money". The contract for work can be described by the words: provision of an agreed "work performance (profit reference) against payment". The lecture deals with the question of what the contracting parties should pay attention to when they agree on a "performance-related benefit" (the production of a work) in exchange for a remuneration. The article aims to clarify what the business partners should be aware of in order to avoid as imprecise definitions as possible in the negotiations and to openly address and clarify open issues.

**Zusammenfassung** — Gerade in den Wirtschaftsbeziehungen zwischen Bulgarien und Deutschland sind die Wirtschaftsbeziehungen zwischen beiden Ländern von großer Bedeutung. Sie sind die Grundlage für das Leben der Menschen beider Länder. Basis für die Industrie und den Handel sind die Rechtsbeziehungen zwischen den Geschäftspartnern. Hierbei bilden die Kauf- und die Werkverträge die wesentlichen Grundlagen. Der Kaufvertrag wird durch das Stichwort „Ware gegen Geld“ charakterisiert. Den Werkvertrag kann man mit den Worten umschreiben: Erbringung einer vereinbarten „Werkleistung (Erfolgsbezug) gegen Entgelt“. Der Vortrag behandelt die Frage, worauf die Vertragspartner achten sollen, wenn sie eine „erfolgsbezogene Leistung“ (die Herstellung eines Werkes) gegen eine Vergütung vereinbaren. In dem Beitrag soll geklärt werden, was die Geschäftspartner beachten sollten, damit bei den Verhandlungen möglichst unpräzise Festlegungen vermieden werden und offene Punkte offen angesprochen und geklärt werden.

### I. EINFÜHRUNG

Nach der europaweit verbindlichen: „RICHTLINIE 1999/44/EG DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter“ [1] gelten zum Kauf- und Werkvertragsrecht im Wirtschaftsraum der EU einheitliche verbindliche Leitlinien.

Der deutsche Gesetzgeber hat im Werkvertragsrecht (Stichwort: Herstellung einer Werkleistung gegen Vergütung) in § 634 BGB unter der Überschrift: „Rechte des Bestellers bei Mängeln“ die Ansprüche des Bestellers gegen den Werkunternehmer auf eine vertragsmäßige Leistung normiert und das Kaufrecht entsprechend neu konzipiert und beide Vorschriften aneinander angehängelt [2]. Er folgt damit den Vorgaben der „EG-Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie“ in Art 1 ff. der Europäischen Gemeinschaft.

Mit dieser gesetzgeberischen Methode sind die Grundregeln im Kauf- und Werkvertragsrecht im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) aufeinander abgestimmt; sie sind nunmehr nahezu identisch. Bei den Formulierungen erscheint es wenig überzeugend, dass der deutsche Gesetzgeber in § 633 BGB nach der Überschrift: „Sach- und Rechtsmängel“ in Absatz II fortfährt: „Das Werk ist **frei** von Sachmängeln“ Damit

wechselt er seine Sichtweise: man erwartet nach der Überschrift, wie der Gesetzgeber den Begriff „Sachmängel“ näher beschreibt; stattdessen schwenkt er in seiner Formulierung um und beschreibt, was unter *Sachmängelfreiheit* zu verstehen ist.

Es wäre nach der hier vertretenen Auffassung sinnvoll und für den Laien verständlicher, wenn der deutsche Gesetzgeber im Kauf- und Werkvertragsrecht nicht von der Vertragsmäßigkeit ausgegangen wäre, sondern vom *Mangelbegriff*. Auch ist es irreführend, eigentlich falsch, wenn der deutsche Gesetzgeber im Werkvertragsrecht von „Sachmängeln“ spricht. Zutreffender wäre der Begriff „*Mangel der Werkleistung*“, weil Werkleistungen sich nicht nur auf Sachen beschränken [3].

Eine Werkleistung ist also mangelhaft:

- wenn sie die vereinbarte Beschaffenheit nicht hat; andernfalls, wenn sie die nach dem Verträge vorausgesetzte Verwendung nicht erfüllt; andernfalls,
- wenn sie sich für die gewöhnliche Verwendung nicht eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Werken dieser Art nicht üblich ist (*objektive Gebrauchserwartung*),
- oder wenn sie nicht den anerkannten Regeln der

Technik entspricht (*Stand der Technik*).

Man unterscheidet bei den aufgeführten Voraussetzungen zwischen „Spezifikation“ (Nr. 1.) und vertraglichen Gebrauchserwartungen (Nr. 2. bis 4.)

All the required formatting is stored as Styles. Please do not modify any of the styles that come with this template. The style examples given here are expanded with the style name given in brackets. For instance the paper title should be formatted with the *paper title* style.

Margins, column widths, line spacing, and type styles are built-in; examples of the type styles are provided throughout this document and are identified in italic type, within parentheses, following the example. Some components, such as multi-leveled equations, graphics, and tables are not prescribed, although the various table text styles are provided. The formatter will need to create these components, incorporating the applicable criteria that follow.

## II. PRAKTISCHE FOLGEN

Für die Praxis folgt aus dieser „Pyramide“, dass ein Kunde bei seinem Geschäftspartner (dem Werkunternehmer) bei seiner Bestellung (Anfrage, Vertragsverhandlungen bis zur Auftragsvergabe) seine Anforderungen an die Werkleistung möglichst präzise formuliert und schriftlich niederlegt (dokumentiert). Entsprechend der Auflistung in § 633 Abs. II Nr. 1 bis 3 sieht der Gesetzgeber (aufgrund der *EG-Richtlinie - europaweit!*) in dieser Vorschrift folgende Stufungen vor:

- es sollen die Parteien die Beschaffenheit genau vereinbart *und* dokumentiert haben;
- andernfalls muss der Besteller präzise angeben, welche Eigenschaften er von der Werkleistung erwartet, möglichst in Bezug auf seine Gebrauchserwartung in Bezug auf die Werkleistung;
- haben die Vertragsparteien keine spezifischen Eigenschaften vereinbart, ist der Maßstab die gewöhnliche Gebrauchserwartung, die die Werkleistung nach der Verkehrsanschauung erbringen muss;
- bei den „anerkannten Regeln der Technik kann man in Deutschland z. B. auf die Regelungen der DIN-Normen (Deutsche Industrie-Normen) oder im Bauvertragsrecht auf die VOB/C (Vergabe- und Vertragsordnung für das Bauwesen - Teil C: Technische Vorschriften) [5] zurückgreifen.

## III. ABNAHME DER WERKLEISTUNG

Das wichtigste weitere Element im Werkvertragsrecht ist die „*Abnahme der Werkleistung*“.

Bei der Abnahme sind zwei Grundelemente zu beachten:

- Die *körperliche Entgegennahme* der vollendeten Leistung (des „*Werkes*“) - sie ist in der Praxis in der Regel problemlos.
- Die *rechtsgeschäftliche Anerkennung* der vertragsgerechten Werkleistung (in der Praxis ist dieses Tatbestandsmerkmal von großer Bedeutung). Hierbei geht es um die Prüfung, ob die Werkleistung „im Wesentlichen“ den vertraglichen Vorgaben und Vereinbarungen entspricht.
  - Die Abnahme kann verweigert werden, wenn es sich um „wesentliche“ Mängel handelt. Hier sind für die Prüfung die Aspekte in § 633 Absatz II (s. oben) maßgebend.
  - Handelt es sich um „unwesentliche“ Mängel, so besteht für den Besteller kein Recht, die Abnahme zu verweigern. Die Abnahmereife ist hierbei davon abhängig, ob die Werkleistung unter

Abwägung der beiderseitigen Interessen nach Art und Umfang und ihren Auswirkungen für den Besteller, den Kunden, zumutbar ist; dann kann er die Abnahme nicht verweigern.

- Für beide Vertragspartner ist es entscheidend, ob es zur förmlichen Abnahme kommt.
  - Bis zur Abnahme trägt der Werkunternehmer die „*Leistungsgefahr*“ und die „*Vergütungsgefahr*“: er muss bei einer Verschlechterung seiner Leistung oder bei einem Untergang noch einmal leisten, kann aber nur einmal die Vergütung verlangen.
  - Erst *mit der Abnahme* (gerade auch bei unwesentlichen Mängeln) trägt der Besteller (der Kunde) das volle Risiko und muss die Vergütung leisten.
  - Dem Abnehmer ist daher zu raten, bei Mängeln die Abnahme zu verweigern, zumal der Werkunternehmer die Beweislast dafür trägt, dass er seine Leistung vertragsgerecht präsentiert.
- Die Rechtsfolgen der Abnahme sind insbesondere die Fälligkeit der Vergütung, die Neuordnung der Gefahrensphären vom Unternehmer auf den Besteller, der Übergang der Beweislast vom Unternehmer auf den Besteller und der Beginn des Laufes der Verjährungsfristen der Mängelansprüche.

Wenn die Werkleistung nicht die im Vertrag bestimmten Voraussetzungen erfüllt, stehen dem Besteller verschiedene Rechte zu:

- Er kann von dem Unternehmer als „Primäranspruch“ die kostenlose Herstellung der Werkleistung verlangen (Anspruch auf Nacherfüllung).
- Nach zwei misslungenen Nachbesserungsversuchen stehen dem Besteller folgende „Sekundärrechte“ zu:
  - das Recht auf Selbstvornahme der Nachbesserung (gegen Kostenerstattung) und,
  - wenn und soweit die Nacherfüllung nicht zum Erfolg geführt hat, als weitere Sekundärrechte:
    - Rücktritt vom Verträge oder Minderung der Vergütung und (zusätzlich)
    - Schadensersatz oder Ersatz vergeblicher Auswendungen zu.

## IV. GELTENDMACHUNG VON BEDENKEN

Ein wesentlicher Punkt, der die erforderliche Aufmerksamkeit in Theorie und Praxis nicht findet, ist die „*Geltendmachung von Bedenken*“, und zwar vor, bei Vertragsschluss und während der Vertragserfüllung. Diese Pflicht trifft vornehmlich den Werkunternehmer, ist aber auch vom Besteller zu beachten.

In Auswertung insbesondere der Baurechtsprechung zu § 4 Nr. 3 VOB/B (Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen) [4] sollen in einer systematischen Auflistung folgende Aspekte herausgehoben werden:

- Ziel ist es, dass der jeweilige Vertragspartner - extern wie intern - also der Werkhersteller gegenüber seinem Kunden (Besteller) sowie die Mitarbeiterin / der Mitarbeiter im Verhältnis zum Vorgesetzten - aufgrund der eigenen Fach- und Sachkenntnisse den Vertragspartner möglichst frühzeitig vor Problemen warnen. Das gilt, wenn die ihnen aufgegebenen „Vorgaben“ (Ausführungspläne, Spezifikationen, Anordnungen), aber auch Materialien (wie gelieferte und vorgegebene Stoffe, Vorleistungen anderer Unternehmer) zu Mängeln jeglicher Art (von

Produktmängeln, Mängeln in der Ausführung bis zu Risiken durch das Produkt) führen können.

- Der *Zweck der Hinweispflichten* liegt:
  - in der Bewahrung des Vertragspartners bzw. Arbeitgebers vor Schadensrisiken jeglicher Art.
  - im Eigeninteresse:
    - bei ordnungsmäßiger Erfüllung wird die Gefahr von Regressen minimiert,
    - im Rahmen der vertraglichen Mängelhaftung in Verhältnis zum Kunden kann sich der Unternehmer auf seine geäußerten Bedenken berufen.
    - Bei der *gesetzlichen „Produkthaftung“* kann sich der Bedenkenträger nicht auf seine vorgetragenen Bedenken berufen; es handelt sich hierbei um eine zwingende gesetzliche Haftung gegenüber Dritten, die nicht vertraglich ausgeschlossen werden kann.
- Bei der *Form* der Hinweise und Bedenkenäußerungen ist Folgendes zu beachten:
  - Grundsätzlich ist keine besondere Form vorgeschrieben, so dass auch mündliche Hinweise beziehungsweise Mitteilungen über Telefon oder Handy, E-Mails ausreichend sind (aber: wichtiges Problem des Beweises!).
  - Gerade zu Zwecken der Beweissicherung werden dringend schriftliche Mitteilungen empfohlen, bei gravierenden Bedenken mit Gegenzeichnung des Vertragspartners, oder - in Deutschland – sollte man mit Einschreiben und Rückschein arbeiten.
- Der Inhalt des Bedenkenschreibens sollte *zwei Komponenten* haben:
  - Die Bedenken sollen konkret dargelegt und begründet werden - und
  - zusätzlich soll auf die negativen Folgen bei Nichtberücksichtigung der Bedenken hingewiesen werden.
- In Bezug auf die *Adressaten* (Empfänger) sind die Bedenken zu richten:
  - beim Kunden: an die entscheidungsbefugten Personen,
  - beim Unternehmer: an die entscheidungsbefugte, vorgesetzte Person.
- Beim *Zeitpunkt* der Bedenkenäußerungen ist Folgendes zu beachten:
  - Sie sollen möglichst frühzeitig erfolgen, z. B. im Rahmen der Vertragsverhandlungen („Pflichtenheft“, schriftliche Sondervereinbarungen).
  - Insbesondere bei Veränderungen der Spezifikationen während der Vertragsdurchführung sollte Protokolle angefertigt werden, die möglichst von beiden Seiten unterschrieben werden.
  - Hinweise an den Kunden haben bei Auftreten neuer Erkenntnisse grds. zu erfolgen (> Produktüberwachung!)
- Ein weiterer wichtiger Punkt ist die *Tragung der Beweislast*:
  - Bei der Berufung auf seine Hinweise an den Kunden hat der Bedenkenträger den Beweis zu erbringen, dass er seine Bedenken vorgebracht und der Kunde sie entgegengenommen (erhalten) hat.
  - Hinsichtlich der Verletzung der „Rügepflicht“ trägt der Anspruchsteller die Beweislast, dass

Hinweise des Bedenkenträgers nicht erfolgt sind beziehungsweise sie nicht ausreichend waren.

- Hinsichtlich der eingetretenen Schäden obliegt dem Anspruchsteller die Beweislast.

## V. HINWEIS- UND BEDENKENPFLICHTEN - KONSEQUENZEN

Wenn der Bedenkenträger seine *Hinweis- und Bedenkenpflichten beachtet* hat:

- bestehen für ihn insoweit grundsätzlich keine „Mängelhaftungsrisiken“.
- eine persönliche strafrechtliche Verantwortung kann nahezu ausgeschlossen werden.
- weiterhin besteht für den Bedenkenträger das Risiko, bei Schädigung Dritter aus der gesetzlichen Produkthaftung auf Schadensersatz in Anspruch genommen zu werden.

Bei den *Konsequenzen bei Nichtbeachtung* der Hinweis- und Bedenkenpflichten ist zu differenzieren:

- der Bedenkenträger, der seinen Pflichten nicht nachgekommen ist, kann im Hinblick auf die nicht verhinderten Mängel und Schäden im Rahmen der Vertragshaftung auf Schadensersatz belangt werden.
- bei erheblichen Schadensfolgen (Körperverletzungen, Todesfolgen) besteht für den Bedenkenträger das Risiko, strafrechtlich verfolgt zu werden.

## VI. FRAGEN DER VERJÄHRUNG VON ANSPRÜCHEN

Zu dem Problembereich der Pflichtverletzungen gehört die wichtige Frage, wie lange der Besteller seine Rechte gegen den Werkunternehmer, der mangelhaft geleistet hat, geltend machen kann. Im deutschen Recht ist im Rahmen der *Umsetzung der EU - Verbrauchsgüterkaufrichtlinie* auch das Verjährungsrecht neu geregelt worden, das nunmehr in seinen Grundzügen in der ganzen EU gilt:

Mit der „*Einrede der Verjährung*“ besteht für den aus einem Anspruch Verpflichteten die Möglichkeit, die von ihm geforderte Leistung zu verweigern. *Nur* wenn er die Einrede der Verjährung geltend macht, führt diese seine „Abwehrmaßnahme“ zu einem dauernden Leistungsverweigerungsrecht, nicht etwa zu einem Erlöschen des Anspruchs (§ 222 Abs. 1 BGB).

- Die Verjährungsfristen bestimmen einen abgegrenzten Zeitraum, innerhalb dessen eine Person einen - bestehenden - Anspruch mit Erfolg (gerichtlich) durchsetzen kann; trotz Eintritts der Verjährung lebt der Anspruch fort. Die Frist beträgt grundsätzlich drei Jahre (§ 195 BGB).
- Der Schuldner muss sich also durch seine „Einrede der Verjährung“ gegen den Anspruch „wehren“.
- Bei der regelmäßigen Verjährungsfrist sind der allgemeine *Fristbeginn* und die *Dauer* neu geregelt. Grundsätzliche Voraussetzungen sind:
  - Entstehung des Anspruchs,
  - Kenntnis des Gläubigers und der den Anspruch begründenden Umstände und
  - Kenntnis der Person des Schuldners.
- Der Lauf der Frist beginnt am Ende des Jahres, in dem die Frist zu laufen begonnen hat.
- *Etwas Anderes gilt im Werkvertragsrecht*:
  - der *Beginn* der Verjährungsfrist tritt *mit der Abnahme* des Werkes ein, wird also „spitz“ (ab dem Tag der Abnahme) gerechnet;

- Die Verjährungsfrist läuft grundsätzlich über zwei Jahre; bei Bauwerken und Bauleistungen über fünf Jahre (§ 635a Abs. I und II BGB).
- Es wird im Verjährungsrecht weiter unterschieden zwischen:
  - *Hemmung* der Verjährung - bildlich gesprochen: die „Verjährungsuhr“ wird für die Zeitspanne, in der der Besteller mit dem Werkunternehmer verhandelt, angehalten und läuft nach Abbruch der Verhandlungen zu Ende. Mit Klageerhebung oder Einleitung eines gerichtlichen Mahnverfahrens oder eines selbständigen gerichtlichen Beweisverfahrens tritt ebenfalls die Hemmung der Verjährung ein.
  - Bei der *Unterbrechung* der Verjährung wird - bildlich gesprochen - die Verjährungsuhr „auf Null“ zurückgestellt und beginnt von Neuem zu laufen; sie gilt pauschal z. B. bei der Anerkennung oder der gerichtlichen Geltendmachung eines Anspruchs

## VII. ZUSAMMENFASSUNG

Zu beachten ist: die Juristen verwenden der Begriff „grundsätzlich“ nicht wie einen unumstößlichen Grundsatz; er bedeutet so viel wie „in aller Regel“, so dass Ausnahmen durchaus möglich und denkbar sind.

1. Bei einer Überarbeitung des BGB sollte der deutsche Gesetzgeber im Werkvertragsrecht den Begriff „Unternehmer“ durch „Werkunternehmer“ ersetzen. Begründung: der Unternehmer ist im Gesetz im „Allgemeinen“ Teil in § 14 BGB als selbständig handelnder Gewerbetreibender normiert und dem des „Verbrauchers“ gegenübergestellt.

Eine Übernahme des Begriffs „Unternehmer“ in das Werkvertragsrecht ist nicht nur missverständlich, sondern gibt die wesentliche Charakteristik des „Werkunternehmers“ nicht korrekt wieder. Begründung: der „Unternehmer“ in § 14 BGB ist allgemein ein selbständiger Gewerbetreibender, während der „Werkunternehmer“ eine Leistung zu erbringen hat. Es handelt sich also um völlig unterschiedliche Ansätze.

2. Außerdem sollte der viel zu enge, im Übrigen falsche Begriff des „Sachmangels“ durch den Begriff „Mangel der Werkleistung“ ersetzt werden. Der Begriff „Sachmangel“ verengt im Sprachlichen den Mangel nur auf Mängel an

Sachen, während die sonstigen mangelhaften Werkleistungen von diesem engen Begriff nicht erfasst werden.

3. Im 1. Buch des BGB „Allgemeiner Teil“ sollte eine Rechtsnorm „Hinweise und Bedenken“ eingeführt werden. Es könnte in der Formulierung aus § 4 Nr. 4 der VOB/B [4] folgende Regelung übernommen werden: „Hält der Werkunternehmer die Vorgaben (Anweisungen) des Bestellers für unberechtigt oder unzumutbar, so hat er seine Bedenken und ihre negativen Folgen geltend zu machen, die Anordnungen jedoch auf Verlangen auszuführen, wenn nicht gesetzliche oder behördliche Bestimmungen entgegenstehen. Wenn dadurch eine ungerechtfertigte Erschwerung verursacht wird, hat der Besteller die Mehrkosten zu tragen“.

4. In der Praxis sollte der Besteller, der Ansprüche gegen seinen Werkunternehmer erheben will, darauf achten, dass er sie innerhalb der ersten beiden Jahre nach Abnahme geltend macht.

Sobald der Unternehmer sich bereit erklärt, die ihm mitgeteilten Mängel zu prüfen, tritt die Hemmung der Verjährung ein. In diesem Fall sollte der Besteller präzise dokumentieren, wann er dem Unternehmer den Mangel mitgeteilt hat und wie lange die Verhandlungen mit ihm gedauert haben. In dieser „Stillstandszeit“ ist die Verjährungsuhr angehalten.

Wenn sich der Partner die Verantwortung der ihm mitgeteilten Mängel ablehnt oder sich weigert, in Verhandlungen einzutreten, tritt keine Hemmung ein; die Verjährungsuhr läuft trotz der Mitteilung des Bestellers weiter.

## LITERATURVERZEICHNIS

- [1] *Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter*, (1999), Online: [https://rsw.beck.de/rsw/upload/Beck\\_Aktuell/13\\_VerbrGKRL.pdf](https://rsw.beck.de/rsw/upload/Beck_Aktuell/13_VerbrGKRL.pdf). Zugriff am: 17.10.2019
- [2] *Bürgerliches Gesetzbuch* § 634, (2019) Online: [https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/\\_634.html](https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_634.html), Zugriff am: 17.10.2019
- [3] O. Palandt und H. Sprau, „Beck'sche Kurzkommentare - Bürgerliches Gesetzbuch § 634 Randnummer 4“, vol. 19, C.H.BECK. ISBN 978-3-406-73800-5, 2019, pp. 356-472
- [4] *VOB/B Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen*, (2019), Online: <https://dejure.org/gesetze/VOB-B>, Zugriff am: 17.10.2019
- [5] *VOB/C Allgemeine Vorschriften für technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen*, (2019), Online: [https://de.wikipedia.org/wiki/Vergabe\\_und\\_Vertragsordnung\\_für\\_Bauleistungen](https://de.wikipedia.org/wiki/Vergabe_und_Vertragsordnung_für_Bauleistungen), Zugriff am: 17.10.2019